

由防止危害到危險預防

——由德國警察任務與權限之嬗變檢討
我國之警察法制

目次

- 壹、前言：自由與安全的動態平衡
- 貳、傳統德國警察法學之特色
- 參、德國現代警察法學的變革
- 肆、德國法學及實務之因應與反省
- 伍、我國警察法之演變及檢討

摘要

德國警察法，傳統上係以「危害防止」為其任務及職權賦予之核心，但隨著國際恐怖攻擊行動的遽增，現代警察任務及職權，正逐步擴大及於「危險預防」，此由警察大量享有資訊蒐集權限之法制，可茲證明。「危害防止」的危害是一個具體迫在眉睫的危險；而「危險預防」的「危險」，可能僅僅是一種潛在性的、推測性的危險，其間差異甚大。此外，德國警察法學亦受聯邦制度改革、歐盟化、民營化及社區化的影響甚大，所以法學研究及判例見解，均朝向有效限縮警察權限之發動，以促成人民自由與安全的平衡。最後本文針對我國警察法制的演變，諸如：任意盤問權、架設監視器、線上追緝、跟監與線民、按捺指紋案及其他權限進行逐項檢討，希望提高警察法的規範力量，避免警察權限之急遽擴大，而造成人民自由權利的不平衡受限。

關鍵詞：危害防止、危險預防、資訊權、歐盟化、中央化、民營化、社區化、任意盤問、架設監視器、線上追緝、跟監、線民、按捺指紋案、陷害教唆。

壹、前言：自由與安全的動態平衡

2001年9月11日，美國紐約發生以劫持飛機自殺衝撞金融大樓的恐怖事件以後，德國的警察法學亦因而產生了極重大的嬗變，不僅立法上通過「反恐包裹立法」(Anti-Terror-Pakete)，授予警察甚多的預防性權限，而且在警察實務上，也產生甚多爭議的案件，例如：掃描式追緝案(Rasterfahndung)¹及線上搜索案(Online-Durchsuchung)²。這些案件所引發的法律問題，業已顛覆傳統自由法治國家警察法學的體系，並且迄今都難以獲得圓滿解決³。蓋在反恐立法以及主觀上對於備受威脅的環境，人民恐懼感有增無減的助勢下，造成原本安全與自由的平衡，又偏向「安全」傾斜。這種打破原本已取得的平衡，使得警察法學的研究，必須嘗試以新的法律概念以及法律方法，使得自由與安全能再度處於一種合理的「平衡」，因為我們確信，自由與安全兩者法益或法律原則，並沒有優劣順序；相反地，兩者都是至高無上的價值，但是，當兩者彼此發生衝突時，則只能進一步相互協調限制而已，進而保持新的平衡，不能由其中之一

1 Vgl. BVerfGE 115, 320 (363 ff.), NJW 2006, 1939. 有關掃描式追緝係指透過對於具有特定特徵之人，為資料掃描式之搜尋，並進行比對，以達防止現時危害之目的。

2 Vgl. BVerfGE, NJW 2008, 822 (830 f.). 有關線上搜索係指利用網路之上追蹤接觸方法，進行犯罪偵查之目的搜查行為者。

3 Vgl. Ume Volkmann, Polizeirecht als Sozialtechnologie, NVwZ 2009, S. 216 ff. (221).

凌駕於其他法益之上⁴。基於上述的前提認知，所以我們不能因為恐怖活動的打擊或是安全環境的確保，進而犧牲了人民自由，否則即會造成一種矛盾現象，國家為保護人民自由，反而要以限縮減少人民自由的方式來達成。

但是，在現實的生活上，人民不斷遭逢新的危險與威脅，例如：倫敦地下鐵受到炸彈攻擊、美國式德國高中校園產生一系列的瘋狂殺人魔、巴基斯坦及印度的飯店、車站遭受恐怖分子的殘酷攻擊，死傷慘重、慘絕人寰。當人民要求國家（尤其是要求警察）負起保護人民內部安全的重責大任時，立法者即不得不授予警察更大的權限，以便其能在現時預防犯罪的發生，例如：授權警察在特定區域內對經過的行人進行任意性的盤查（問），甚至於可以對無家可歸的流浪漢或具潛在侵略性之乞丐或流氓加以管束，無形中難以避免地對人民的自由，諸如：行動自由、資訊自決權或人身自由產生限制。尤其在為達成「預防犯罪」的目的下，警察必須取得足夠的資訊（例如指紋資料或其他個人性資訊），才能有效預防犯罪。但是在資訊之收集、加工以及機關間相互流通互助資訊時，卻根本沒有存在任何「具體危險」；相反地，只有一種主觀「推測性的危險」，如此一來，警察的權限是否不當地擴大，而偏離警察應該防護具體危害的本旨？或這是一種絕對必要性的擴權，否則如何要求警察作好「預

4 Vgl. Schulze-Fielitz, Nach dem 11 September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungs-staatlichen Polizeirechts? FS. Schmitt Glaeser, 2003, S. 408; Christian Calliess, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVB1, 2003, S. 1096 ff. (1101).

防犯罪」的工作？蓋沒有充分的資訊支援，如何能夠防範犯罪於未然呢？

我國的治安狀態，整體而言，雖尚未失序，但是人們對治安（或安全）的滿意程度一向甚低⁵，因為詐騙電話及線上詐騙不斷，竊案闖空門者頻繁，酒駕或超速致人於死案件，未嘗稍減，網路援交充斥版面，色情盜版光碟氾濫，校園暴力及霸凌層出不窮，人們對內部「安全」的需求，十分迫切渴望！這種「安全需求」不僅是個人生命的安全，也包含著周遭生活環境的安全。此時，台灣警察法學是否也會如同德國警察法學般，面臨重大的挑戰？意即：如何賦予警察更多的任務及職權去確保人民生活安全的同時，能有效加以控制，才不會使得警察濫用其權限？簡言之，如何保持人民生活安全與擴大警察職權之平衡？

基於尋求上述問題解答的好奇心，乃有本文之撰寫動機。以一個簡單的台灣實例為證：到底警政署應否禁止各地警察在網路上作援交的「誘捕偵查」？在台灣即呈現兩極化的不同觀點，何者為是？何者為非？如果沒有學理上之理由論證，一切爭辯都將流於主觀個人的價值判斷，沒有辦法深入進一步做交互辯論。所以以下乃先就德國警察法學的傳統與現代狀況進行簡要介紹，最後再殿以我國相關警察法制的檢討反省，希望可以對我國法制〔尤其警察職權行使法（下

5 有關台灣治安狀態的滿意性調查報告，得參閱 <https://www.npa.gov.tw/NPA/Gip/wSite/public/Attachment/f1523353032886.pdf>（最後瀏覽日：2018.06.09）。對2017年治安狀況，台灣有57%人表示不滿意；德國2006年由內政部及法務部的第二次安全報告前言指出：德國是全世界上最安全的國家之一，vgl. Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht, 2006, Vorwort, S. 16.

稱警職法)〕及實務見解(尤其釋字第 603 號解釋中大法官對指紋案的意見)提供學理上之批評意見,使得我國警察法學的發展可以更具有實踐上的可行性。

貳、傳統德國警察法學之特色

一、危害防止(Gefahrenabwehr)

德國傳統(自普魯士邦國起)的警察法學,乃賦予警察有防止危害的任務,並且藉此任務之履行,在法律上賦予警察有干預權限(Eingriffsbefugnisse)。準此以言,防止國家的內在(及外在)的危害,即成為傳統警察法學的基本結構⁶。

所謂的「危害防止」,可以分成「危害」以及「防止」加以討論。申言之,所謂危害(Gefahren)係指現在存在一個具體危險,此一具體危險如果不加以阻止其繼續發展的話,則會對法益造成損害的結果(併得參閱普魯士警察行政法第 14 條第 1 項之規定;PrPVG von 1.6.1931),至於是否存在眼前現時危險,則依據現存的日常知識(vorhandenen

6 Vgl. Volkmar Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 2008, §1 Rdnr. 1; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2008, §z Rdnr. 1 ff.; Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 5. Aufl., 2007, §1 Rdnr. 9; Christoph Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009, §3 Rdnr. 38 ff.; 李震山(2009),《警察行政法論》,二版,頁 23、34,台北:元照。以上均將 Gefahrenabwehr 譯成「危害防止」,雖與德文文義尚非完全一致,但基於統一國內名詞使用之考量,本文仍從其譯名使用。

Alltagwissen) 去加以預測⁷。例如：蒙面遊行人，手持汽油瓶及打火機，即具有現時具體危險，警察即負有義務去防止（即排除）該危險。所謂防止則係指對引發危險的肇事者（Verursacher der Gefahr），即對具體且特定之肇事者（或干擾危險者），進行防止或排除之行為，藉以衡平人民自由與社會安全⁸。

依據此種傳統自由法治國家內的「危害防止」概念，可以歸納出其具有下列三個重要特徵⁹：

第一：明確性（具體性），不僅危險具體明確，而且對於所欲保護之法益亦明白確定；

第二：可預見（測）性，依現有之日常知識即可以預見（測）一個未來即將要發生的因果流程；

第三：限制性，以法律限制國家及警察的干預權限；而非警察可採取一切可能的防止手段。

但是，由於現代肇致危害的因素多樣化，不明確性及不可預見性，所以傳統以來的防止危害概念及體系，即面臨重大挑戰，例如：國際性的恐怖活動，不僅其手段不可預見（自殺炸彈客或其他攻擊手段），而且連未來可能肇事的危險肇事者都不明確，此時警察得否發動其干預權限，以預防犯

7 Vgl. Friedrich Schoch, Abschied vom Polizeirecht des Liberalen Rechtsstaates? Der Staat 43 (2006), S. 347 ff. (349). 李震山，前揭註6書，頁229-233。

8 Vgl. Schoch, (Fn. 7). S. 349.

9 Vgl. Schoch, (Fn. 7). S. 350.

罪？此時應如何區別具體危險與抽象危險？具體危險能否包含持續的狀態危險在內？對不是肇事者，警察能否對其進行干預措施？……等等，突破傳統警察法基本體系的諸多問題，一再浮現在警察實務上¹⁰。

二、區分警察（行政）法與刑事法

按傳統警察法學區分預防性為主的警察行政法（präventives Polizeirecht）與壓制性的刑事法（repressives Strafrecht），前者以行政行為為主要措施，後者以司法行為為原則。在刑事法的干預手段，有刑事訴訟法的嚴格限制；但在行政行為上，法律並未作嚴格的要件或干預權限發動之門檻限制，因此，傳統上的警察行政行為較具有裁量空間（例如：管束、沒入、檢查、扣留）；而司法行為（例如：逮捕、羈押、沒收、搜索、扣押）則處處均受刑事法律要件限制及法官令狀保留，較少有警察的自由空間¹¹。

至於區別警察行政行為與警察司法行為，主要依其干預動機及目的而作區別¹²。申言之：若警察發動干預行為之目的在於追緝犯行或鎮壓犯罪時，則屬警察司法行為，例如：驅散已令三次命令解散之集會遊行活動；相反地，警察發動其干預行為之目的在於預防犯罪或實力排除行政不法行為

10 Vgl. Hans-Heinrich Trute, Grenzen des Präventionsorientierten Polizeirechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts, Die Verwaltung 2009, S. 85 ff. (88 bis 96).

11 Vgl. Frederik Rachor, Das Polizeihandeln, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl., 2007, F. Rdnr. 25 ff. (115).

12 Vgl. Helmut Frister, Polizeihandeln im Strafverfahren, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), (Fn. 11), G Rdnr. 1 ff (8 ff.).

(例如：拖吊違規停車之車輛)時，則屬警察行政行為，僅受警察行政法規之拘束，原則上並不受刑事法規之限制。

不過此種區別，在實際面臨操作犯罪預防行政行為時，常常很難仔細區別行政行為或司法行為¹³。例如：警察在從事違反交通規則車輛之攔停及盤查時，突然發現駕駛座下有暗藏毒品或槍械時，是否即應在發現此種違禁物後，瞬間由行政行為轉為司法行為？由行政法轉為刑事法之適用？即具有相當之模糊空間。因為此時警察措施之發動（即攔停、盤查），純係因為違規車輛之行政不法行為所致（例如：闖紅燈或超速），後續之行為則因發現槍械或毒品即轉換成司法行為，在時間的分界點及警察行為措施發動的目的及動機而言，均甚難理解：如何一刀兩分一個生活現實上的連續行為，並且作不同法學領域的適用？此種情形在警察的預防犯罪措施上，更是屢見不鮮。

三、區分情治機關（任務）與警察機關（任務）

在德國傳統上（並沒有憲法之基本明文），將安全任務區分成內部安全任務與外部安全任務，內部安全任務由警察機關承擔，而外部安全任務則由情治機關（例如：調查局）及軍隊分別承擔。此種長期區分警察機關與情治機關的做法，使得警察機關缺乏情治的任務¹⁴。

但是，隨著外部安全與內部安全密切不可分，為使警察預防犯罪的任務得以實現，藉以理解國內及國外許多不確定

13 Vgl. Rachor, (Fn. 11), Rdnr. 23 f.

14 Vgl. Schoch, (Fn. 7), S. 360 ff.

的危險狀況，警察機關必須享有情治權限及任務，已經成為一種公認的事實，因此，強制性地分離情治機關與警察機關，已經不再具有正當理由；相反地，將警察機關與情治機關相互合併，似乎更能發揮打擊國際恐怖活動的效力。準此以言，從安全概念的改變為出發點，情治機關與情治任務似乎有與警察機關及警察任務結合為一的事實上迫切需要¹⁵。

四、權限的法律明確性

在傳統自由法治國家的架構下，為避免警察濫用其權限，致侵害人民自由，所以法律上予以明確之限制，規定警察權限行使或發動之具體構成要件及其法律效力。過分抽象或概括之警察權限條款，從法律明確性的基本要求下，經常會通不過合憲性的審查¹⁶。

但是，國家的角色已由自由法治國家的防護危險，轉變成為「預防國家」(Präventionstaat)，警察機關為了預防或處理大大小小不同之挑戰及危險，勢必要透過概括條款或較不明確的要件限制，賦予警察較具法律彈性的權限。尤其是在所謂「澄清危險」(Gefahraufklärung)領域中¹⁷，在只有

15 Vgl. Schoch, (Fn. 7), S. 361 f.

16 Vgl. BVerfGE 110, 33 (52 ff.); BVerfGE 113, 348 (375 ff.); Markus Möstl, Die neue dogmatische Gestalt des Polizeirechts, DVB 1, 2007, S. 581 ff. (587). 我國有關法律明確性之概念，得併參閱司法院大法官釋字第 432、491、521、594、602、617、623、636 等號之解釋文及理由書。

17 所謂澄清危險領域係指：是否有一個具體危險存在並不明瞭前，警察為澄清是否具有危險之懷疑 (Der Gefährterdacht) 所採取藉以確定是否具有危險之措施者而言。例如：警察發現一位地主於其房屋後空地傾倒黑色液體於其土地上，懷疑其傾倒有毒廢棄液體，故邀請 (自願性) 地主到案說明，說明黑色液體究竟